

Flexibilização da causa de pedir em ações em que se discute erro médico

*Patricia Bueno Scivittaro*¹

Juíza de Direito do Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza da relação jurídica médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil que a norteia na hipótese de erro médico; 3. Serviço médico: obrigação de meio ou de resultado; 4. Da causa de pedir – considerações preliminares; 5. Da causa de pedir em ações por erro médico; 6. Possíveis soluções processuais aptas a conciliar o princípio da correlação da prestação jurisdicional à demanda e o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo; 7. Considerações finais; 8. Bibliografia.

1. Introdução

A prática diária da atividade jurisdicional levou-me a refletir a respeito da efetividade e eficácia de algumas regras processuais aplicadas em ações que tem por objeto a responsabilidade civil do médico no exercício de sua profissão.

As regras processuais a que me refiro dizem respeito àquelas que delimitam o julgamento, que são de suma importância para o sucesso ou insucesso da demanda e, portanto, interferem diretamente no alcance do direito material que a parte sustenta dispor quando deduz sua pretensão em Juízo.

Entendo que em ações nas quais se discute erro médico, tanto a causa de pedir como o pedido nela formulados envolvem questões de análise judicial extremamente delicadas, pois de um lado envolve a reputação profissional do médico e de outro a reparação, muitas vezes de cunho moral, a pessoas que se tornaram vítimas diretas ou indiretas de imperícia, negligência ou imprudência do médico no exercício de sua profissão.

A tênue linha que separa a conduta médica correta ou incorreta do resultado reputado danoso torna estas ações como uma daquelas que mais desafia a habilidade profissional do operador do direito, seja como advogado das partes envolvidas ou como julgador.

Por essas razões, e pelas dificuldades já enfrentadas quando do processamento e julgamento de ações dessa natureza, que passei a questionar a eficácia e efetividade de algumas normas processuais, as quais, quando utilizadas em ações em que se discute erro médico, não se mostram tão efetivas e eficazes para o seu justo e adequado deslinde.

Tais questões tanto me afligem como me fascinam e, por tais motivos, ora enfrentá-las tornou-se um desafio de: primeiro, compartilhar as angústias pessoais a respeito do assunto com pessoas que como eu atuam nessa área e podem desfrutar das mesmas angústias; e segundo, tentar pontuar algumas ideias que inicialmente mostrem-se extravagantes,

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba.

em razão de sua inovação, mas que, mediante posteriores reflexão e amadurecimento, possam trazer resultados positivos às partes envolvidas em ações dessa natureza.

2. Natureza da relação jurídica médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil que a norteia na hipótese de erro médico

Antes de adentrar na análise das questões de ordem processual que interferem diretamente no deslinde de ações que tem por objeto a discussão da responsabilidade civil do médico por erro no exercício de sua atuação profissional, necessário se faz a abordagem da natureza jurídica da relação existente entre médico-paciente e o tipo de responsabilidade civil imputada ao médico nessa hipótese.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a relação médico-paciente, antes disciplinada pelo Código Civil, tornou-se relação de consumo, na qual o médico, como profissional liberal prestador de um serviço (serviço médico) subsume-se ao conceito legal de fornecedor e o paciente, enquanto destinatário final desse serviço, enquadra-se na definição legal de consumidor (artigos 3º e 2º, respectivamente, do CDC).

Em sendo a relação médico-paciente nitidamente de consumo, o médico subsume-se às normas de regência do Código de Defesa do Consumidor, quando questionada a sua responsabilidade civil frente ao paciente que se intitula lesado pela defeituosa prestação do seu serviço.

E a regra que disciplina a responsabilidade do médico por erro em sua atuação profissional encontra-se exposta na Seção II, Capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço (artigos 12 a 17, do Código de Defesa do Consumidor), doutrinariamente também conhecida por responsabilidade do fornecedor de produto ou serviço decorrente de acidente de consumo.

Os acidentes de consumo, dentre os quais pode estar o dano patrimonial e extrapatrimonial causado ao paciente por defeituosa atuação profissional do médico, difere-se da responsabilidade por vício do produto ou do serviço (Capítulo IV, Seção III, artigos 18 a 21, do Código de Defesa do Consumidor), originária da não equivalência entre o serviço ou o produto ofertado e o prestado, o que a doutrina denomina cumprimento imperfeito do contrato ou descumprimento de oferta.

É importante destacar, para bom entendimento da matéria, que quando se trata de acidentes de consumo o dano dele decorrente ultrapassa o limite patrimonial do serviço contratado ou do produto adquirido pelo consumidor; ao passo que na responsabilidade pelo vício do produto o dano limita-se ao defeito do produto ou serviço².

Quanto à responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, o Código do Consumidor estabelece como regra a responsabilidade objetiva, isto é, não se discute a culpa do fornecedor pelo evento danoso. Basta a demonstração do dano suportado pelo consumidor e o nexo de causalidade entre este e o defeito do serviço prestado, ou entre o dano e a informação insuficiente ou inadequada sobre a fruição e riscos oriundos do serviço.

No entanto, o Estatuto Consumerista excepcionou essa regra, estabelecendo a responsabilidade civil subjetiva quando o serviço é prestado pessoalmente por profissionais

² MAIA, Alneir Fernando Santos. A responsabilidade civil geral e a obrigação do fornecedor de indenizar o fato do produto ou serviço. *Revista Juris Plenum*, ano V, n. 25, jan. 2009. p. 13-14.

liberais, ao dispor no parágrafo 4º, do seu artigo 14 que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Portanto, o médico, como profissional liberal, responde pessoalmente por eventual dano causado a seu paciente, mediante a demonstração de culpa, nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia, quando de sua atuação profissional.

Ou seja, a responsabilidade do médico, quando lhe é imputado erro médico, é subjetiva, excepcionando a regra geral estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor quando atribui aos fornecedores de serviço em geral a responsabilidade objetiva por defeito de segurança do seu serviço.

3. Serviço médico: obrigação de meio ou de resultado

É importante pontuar que a discussão da culpa do médico em sua atuação profissional está intimamente ligada à natureza da obrigação assumida pelo médico em relação a seu paciente, isto é, se a sua obrigação é de meio ou de resultado.

Rui Stoco, ao tratar sobre o assunto em sua obra *Tratado de responsabilidade civil*, citando ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Jr., assim conceitua:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina³.

Rui Stoco traz considerações interessantes para bem diferenciar a obrigação de meio da de resultado, dizendo que na obrigação de meio:

é a própria atividade do devedor que está sendo objeto de contrato. Essa atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optata nem o objeto da avença. Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O resultado é, portanto, o objetivo do contrato⁴.

Tanto na obrigação de meio como na de resultado impõe-se a discussão de culpa, com a diferença de que na primeira a culpa deve ser demonstrada, ao passo que na segunda é presumida, o que interfere diretamente na distribuição do ônus probatório.

Explica-se: adotando como exemplo a prestação de serviço médico, a doutrina e jurisprudência praticamente são uníssonas ao sustentarem que a obrigação do médico é de meio, exceto na hipótese de cirurgia estética. Desta forma, o médico em relação a

³ Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 629.

⁴ *Ibid.*, p. 629.

seu paciente, em regra, tem obrigação de meio, cabendo a este, paciente, em eventual ação por erro médico, comprovar que o médico concorreu com culpa em alguma de suas modalidades, para ocorrência do evento danoso. Porém, em se tratando de cirurgia estética, onde a obrigação do médico é de resultado, em não sendo o resultado pelo médico obtido, a culpa do médico é presumida, de forma que caberá a ele, médico, demonstrar que não agiu com culpa⁵.

Vê-se, portanto, que a despeito da relação jurídica médico-paciente tratar-se de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade pelo fato do serviço, doutrinariamente conhecida como acidente de consumo, estabelece que em se tratando de prestação de serviço de profissionais liberais, dentre eles o médico, a responsabilidade desses profissionais é subjetiva. Ou seja, para sua caracterização, é necessário apurar a conduta culposa do profissional.

E o tipo de responsabilidade atribuída ao profissional liberal, como fornecedor de serviço na relação de consumo, interfere diretamente não só na delimitação do ônus probatório das partes envolvidas, como na delimitação da causa de pedir, em ações nas quais se discute erro médico, cuja análise será melhor desenvolvida nos próximos tópicos deste trabalho.

4. Da causa de pedir: considerações preliminares

Como já dito acima, o esclarecimento da natureza jurídica da relação mantida entre médico e paciente e a espécie de responsabilidade civil imputada por Lei ao médico por erro em sua atuação profissional é de extrema importância para delimitação da causa de pedir em ações de erro médico.

A causa de pedir ou *causae petendi* é um requisito da petição inicial (artigo 319, inciso III, CPC) e, como é sabido, consiste na narrativa dos fundamentos fático e jurídico, dos quais decorrem logicamente o pedido formulado pela parte autora quando deduz sua pretensão em Juízo. Doutrinariamente, a fundamentação fática é entendida como causa de pedir remota, enquanto a fundamentação jurídica, causa de pedir próxima.

E, em razão do atual Código de Processo Civil, assim como no recentemente revogado, preceituar que a petição inicial deve apresentar os fundamentos fático e jurídico da pretensão que é deduzida em Juízo, que a maioria da doutrina processualista consente que a legislação processual brasileira adotou a Teoria da Substanciação no que diz respeito à causa de pedir⁶.

Outra regra processual relacionada à causa de pedir, e de crucial importância ao tema que adiante será discutido, é a regra da eventualidade adotada pelo legislador pátrio quando proíbe, após a citação do réu, a alteração da causa de pedir e do pedido, sem o seu consentimento, estabelecendo como limite para que esta alteração ocorra, caso consentida pelo réu, o momento imediatamente anterior ao saneamento do processo (artigo 329, inciso II, do atual CPC, com previsão correspondente no artigo 264, do CPC revogado).

⁵ Confira-se julgados do STJ, por meio dos quais, em regra, admite-se a obrigação do médico como de meio, excepcionando-se apenas em caso de cirurgias estéticas, onde é admitida a obrigação de resultado: REsp 992.821/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª Turma – J. 14.08.2012; REsp 457312/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – 4ª Turma – J. 19.11.2002; REsp 81101/PR – Rel. Min. Waldemar Zveiter – 3ª Turma – J. 13.04.1999.

⁶ Tucci, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143-148.

Desse mandamento legal, portanto, extrai-se a obrigatoriedade à parte autora da aplicação do princípio da eventualidade⁷ ao formular sua pretensão, cabendo nela apresentar todos os fundamentos de fato e de direito, ainda que contraditórios entre si, sob pena de não poder assim o fazer após a triangulação da relação processual, exceto se consentido pelo réu.

Mas não é só. Segundo entendimentos sustentados por Manoel Caetano Ferreira Filho e Milton Paulo de Carvalho, citados por José Rogério Cruz e Tucci, a alteração da causa de pedir ou do pedido, segundo permitido pela regra processual acima mencionada, somente pode ocorrer se tais alterações estiverem relacionadas com os fatos constitutivos originários da demanda⁸.

Neste particular, o citado autor conclui, dizendo:

a mutação da causa petendi admitida ao autor, pelo transcrito art. 264, refere-se, apenas ao fato particular (fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor), mantido necessariamente inalterado o fato constitutivo, uma vez que este corresponde à gênese do fundamento da demanda, a qual se afigura desnaturada com a descaracterização daquele⁹.

E prossegue, afirmando:

“Tudo isso significa que a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, como já procuramos patentear, pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (causa petendi remota) e do enquadramento da situação concreta, narra in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (causa petendi próxima)¹⁰.

Pela disposição estabelecida pelo artigo 329, do CPC, com correspondente previsão no artigo 264, do revogado CPC, é possível afirmar que a Lei Adjetiva pátria pretendeu estabelecer como regra a imutabilidade da causa de pedir e do pedido após a triangulação da relação processual, isto é, após a válida citação do réu. Excepcionou essa regra, permitindo a alteração da causa de pedir e/ou do pedido anteriormente formulados na inicial, na hipótese de consentimento do réu, após indagado a respeito, oportunizando-lhe, obviamente, o contraditório, com aditamento de sua defesa.

⁷ Conforme Theodoro Junior, Humberto Theodoro. *Sentença: direito processual ao vivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 21: “O processo divide-se numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes, como do juiz. Desta forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não mais é dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo a solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos, nem propiciar vacilações ou insegurança do órgão judicial, com referência àquilo que já restou definitivamente decidido na fase própria. Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o respectivo ato, ou de fazê-lo posteriormente de forma diversa daquela com que se desincumbiu do ônus processual.”

⁸ CRUZ, op. cit., p. 149.

⁹ Ibid. p. 150.

¹⁰ Ibid.

É de fácil percepção que a intenção do Legislador, neste particular, foi garantir a estabilização da lide, permitindo o regular movimento da relação processual, visando atingir seu termo, com a prolação de um julgamento de mérito. É de se ponderar, contudo, se a postura por ele adotada não foi demasiadamente rigorosa a permitir julgamento absolutamente formal, porém materialmente injusto.

E é exatamente esta questão que motiva o desenvolvimento deste artigo, considerando, em especial, as peculiaridades intrínsecas a ações nas quais se formulam pretensões indenizatórias por erro médico.

5. Causa de pedir em ações por erro médico

Com o exercício da profissão foi possível empiricamente constatar que a delimitação da causa de pedir, remota em ações nas quais se discute erro médico, é extremamente delicada.

Isto porque a narrativa fática apresentada pelo advogado do paciente lesado, na maioria das vezes, trata-se de reprodução de versão que lhe foi apresentada por aquele, isto é, pela vítima do alegado erro médico, que, na relação médico-paciente, é a parte leiga sobre assunto da ciência médica. É, no caso, a parte vulnerável da relação de consumo.

E o advogado, em também sendo leigo em assuntos médicos, geralmente não dispõe de necessária percepção para descrever com exatidão o fato ou os fatos que possam caracterizar conduta culposa do médico no desenvolvimento do tratamento clínico ou cirúrgico do paciente.

Assim, a complexidade natural de questões relacionadas à atividade médica, aliada ao desconhecimento científico sobre o assunto da pessoa incumbida de reproduzi-las na petição inicial, resultam causas de pedir falhas, pois estas deixam de apresentar fatos relevantes que realmente podem, após dilação probatória, caracterizar a culpa do médico no exercício de sua atuação profissional.

E a aplicação rigorosa da regra da imutabilidade da causa de pedir após a citação do réu, salvo consentida por este, poderá acarretar sentenças de mérito formalmente perfeitas, mas inequivocamente injustas, pois, a despeito de demonstrada a culpa do médico pela ocorrência de dano ao paciente, aquele não será condenado a ressarcir este, pois a inicial não trouxe a específica narrativa da conduta culposa, que restou demonstrada após dilação probatória, a despeito desta conduta estar intimamente relacionada com o fato constitutivo do direito da parte autora, originalmente relatado na inicial.

Para ilustrar essa assertiva, tomo a liberdade de apresentar caso concreto por mim vivenciado em relação ao assunto sob discussão.

Tratou-se de ação de responsabilidade civil por alegado erro médico¹¹, pretendendo o autor da demanda ser indenizado por dano moral, em razão de intensos sofrimentos, físico e psicológico, por ele suportados em virtude de inúmeras complicações advindas da cirurgia para correção de defeito congênito cientificamente conhecido como hipospádia, o qual, após sucessivos e dolorosos procedimentos cirúrgicos, não logrou ser efetivamente corrigido.

O médico, em defesa, sustentou a inexistência de erro médico, argumentando que o fato relatado pelo autor na inicial caracterizava complicações naturais do procedimento

¹¹ Processo n° 248.01.2003.002757-3.

cirúrgico, reputado pela ciência médica, na especialidade de urologia, de alto risco, o que teria sido previamente informado ao paciente.

Tendo em discussão a responsabilidade pessoal do médico no cumprimento de obrigação de meio, como já pontuado anteriormente, caberia ao paciente, autor da demanda, em regra, comprovar a conduta culposa do réu, em qualquer de suas modalidades.

No entanto, da análise da causa de pedir remota apresentada pelo autor, em sua inicial, reputando não ter ele condições técnico-científicas¹² de coligir provas aptas a demonstrar a conduta culposa do médico para a ocorrência do evento danoso que afirmava ter suportado, foi aplicada, para o deslinde da controvérsia, a inversão do ônus probatório, autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, da qual resultou ao médico o ônus de demonstrar que não agiu com culpa para a ocorrência dos fatos afirmados pelo autor como caracterizadores de dano a sua pessoa.

Após extensa e minuciosa dilação probatória, ante a complexidade da questão posta sob análise, restou demonstrado que o doloroso e sofrido tratamento suportado pelo autor, com sucessivas cirurgias para correções do primeiro procedimento cirúrgico realizado pelo médico, foi resultado de complicações inerentes ao procedimento cirúrgico eleito para correção do raro defeito congênito apresentado pelo autor, não tendo o médico incorrido com conduta culposa em sua atuação cirúrgica e pós-cirúrgica.

Entretanto, da prova oral produzida emergiu a conduta culposa do médico, ao faltar com o seu dever de informação¹³, deixando de advertir o paciente detalhadamente de todos os riscos e consequências da cirurgia corretiva, reputada pela literatura médica, no caso específico, como um procedimento cirúrgico de altíssimo risco. Não havia nos autos prova do termo de consentimento-informado. E o réu não produziu qualquer outra prova que pudesse supri-lo.

Diante da evidência da conduta culposa do médico, ao falhar com o dever de informação dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico proposto ao paciente, que o aderiu sem consciência daqueles, suportando intenso sofrimento físico e emocional, houve o decreto de procedência da ação, com a condenação do médico ao pagamento da indenização por danos morais postulada pelo autor da demanda.

Em sede de recurso de apelação interposto pela parte vencida, a sentença, contudo, foi reformada, afastando-se a condenação do médico, sob o argumento de não ter constado da inicial a causa de pedir remota que fundamentou a condenação, isto é, a falta de adequado cumprimento ao dever de informação¹⁴.

¹² Em comentário ao artigo 6º, inciso VIII, CDC explica-se que: “a hipossuficiência aí preconizada não diz com aspecto de natureza econômica, mas com o monopólio da informação. ... a clássica regra da distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrentar a parte melhor informada. É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados.” (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor*: anotado e comentado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

¹³ Segundo Gustavo Tepedino, citado por Ruy Stocco em sua obra *Tratado de responsabilidade civil*: “a investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.” Op. cit., p. 729.

¹⁴ TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Claudio Godoy, Ap. nº 0002757-97.2003.8.26.0248. No texto do acórdão assim constou: “De fato, atentamente lida a inicial, nada há sobre o descumprimento do dever de informação como e enquanto causa ao

Aparentemente, irretocável a decisão colegiada, pois seguindo a regra processual da correlação da prestação jurisdicional à demanda (art. 141, do CPC e correspondente art. 128, do revogado CPC), afastou-se a responsabilidade do médico de indenizar o paciente, vez que, em sua petição inicial não foi especificamente relatada a culpa do médico por sua omissão ao dever de informação dos riscos inerentes à cirurgia a que o paciente foi submetido, e da qual, desinformado, suportou inúmeros infortúnios e dissabores.

Observa-se, contudo, que o rigorismo formal da decisão colegiada sob análise impediu que o Poder Judiciário cumprisse a sua função primordial, que é a solução justa do litígio, conferindo à parte prejudicada o direito material que restou comprovado dispor.

Não se questiona que regras processuais devem ser seguidas, mas tais devem ser utilizadas como meio e não fim do processo. O processo deve ser utilizado como instrumento efetivo para o alcance do direito material perseguido pela parte que buscou a tutela do Estado, por meio de sua atividade jurisdicional e esta deve ser exercida utilizando-se do processo de maneira efetiva e eficiente para alcançar a ordem jurídica justa¹⁵. Essa ideia traduz o princípio da instrumentalidade do processo.

6. Possíveis soluções processuais aptas a conciliar o princípio da correlação da prestação jurisdicional à demanda e o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo

Como já dito, a complexidade natural de questões relacionadas à atividade médica, aliada ao desconhecimento científico sobre o assunto da pessoa incumbida de reproduzi-las na petição inicial, resultam causas de pedir falhas em ações de erro médico.

Não parece razoável, contudo, que essa falha inerente à própria dificuldade de distinguir no caso concreto se o evento danoso é oriundo de complicações previsíveis ou imprevisíveis da doença ou do procedimento cirúrgico, ou da falta de conhecimento informado desses riscos, ou de efetiva conduta culposa, por imperícia, imprudência ou negligência médica, impeça o paciente de ser ressarcido pelo prejuízo suportado, simplesmente porque o fato não se encontrava exatamente delineado na causa de pedir remota por ele apresentada em sua inicial.

Isto porque em virtude da complexidade do fundamento fático da demanda por erro médico, este, na maioria das vezes, somente será esclarecido após dilação probatória, de onde podem surgir fatos desconhecidos pelo paciente, em razão do seu desconhecimento técnico, ou até mesmo, como verificado no acórdão paradigma, em virtude da falta de prévia informação dos riscos inerentes ao tratamento clínico ou cirúrgico.

pleito indenizatório. E, se é assim, não era possível condenar o réu por este fato, insista-se, fora do que se aduziu e, assim, do contraditório instaurado. Vai daí que, neste contexto, limitada a causa de pedir à imperícia e negligência que, no entanto, a prova afastou, nada mais há senão julgar improcedente a ação."

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 28: "...ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto a necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do estado contemporâneo é o bem-comum, e quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*."

Verificada essa hipótese, isto é, a do surgimento, após dilação probatória, de fato intrinsecamente relacionado ao fato constitutivo do direito do autor, não relatado, porém, na causa de pedir apresentada, a alternativa para dar efetividade à tutela jurisdicional pretendida, sem violar o princípio da correlação da sentença à demanda, é garantir à parte ré o direito ao contraditório, concedendo-lhe prazo para aditar sua defesa e produzir outras provas, seja documental, oral ou pericial, garantindo-lhe, assim, o devido processo legal¹⁶.

Essa prática assemelha-se muito ao instituto da *mutatio libelli* sabiamente adotado pelo Processo Penal, que em seu artigo 384, *caput*, preceitua que:

Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvida até três testemunhas.

A regra da *mutatio libelli* adotada pelo Código de Processo Penal assim o foi para dar cumprimento ao princípio da correlação da sentença à demanda, assegurando, assim, a imutabilidade da acusação¹⁷.

Infelizmente, o Código de Processo Civil recentemente em vigor não dispõe de regra semelhante à da *mutatio libelli* prevista no Código de Processo Penal, que possibilita a adequação da demanda, inicialmente posta sob julgamento, à alteração fática advinda da dilação probatória, que esclareceu ou fez emergir fato até então desconhecido da parte autora.

A regra do Código de Processo Civil que mais se aproxima à hipótese tratada pela *mutatio libelli* prevista no Código de Processo Penal é aquela estabelecida no seu artigo 493 (correspondente artigo 462, do CPC revogado), que assim dispõe:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

José Rogério Cruz e Tucci, ao discorrer sobre o tema, não chega a definir se a regra processual trazida no citado dispositivo trata de uma exceção à regra da inalterabilidade da causa de pedir, restringindo-se apenas em afirmar que a norma é expressa e deve ser atendida¹⁸.

Observa-se, contudo, que o citado autor é contrário à possibilidade da alteração da causa de pedir após a triangulação da relação processual, pois afirma que o réu defende-se do fato afirmado pelo autor da demanda, e, em sendo alterada a *causa petendi* após a defesa, ou saneamento do feito, onde se estabelece os pontos controvertidos da demanda,

¹⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 78-79: “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.”

¹⁷ Noronha e Magalhães citado por Mirabete, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 432.

¹⁸ Ibid., p. 178.

haverá violação do contraditório, o que, segundo o autor, impede que se admita a sua alteração após os momentos processuais predefinidos pelo Código de Processo Civil¹⁹.

Sem dúvida, a regra da imutabilidade da causa de pedir é pertinente para evitar, após a triangulação da relação processual, que a parte ré seja surpreendida com radical mudança da causa de pedir inicialmente apresentada, instaurando praticamente uma nova demanda no bojo daquela já instaurada, surpreendendo o réu já no curso do processo.

Por certo, tal atitude parece inadmissível e deve ser rechaçada, sob pena de causar total insegurança às relações processuais em andamento, além de inequívoco tumulto processual.

Ocorre que a hipótese ventilada por meio deste trabalho não se trata da hipótese de radical mudança da causa de pedir, mas alteração desta, em virtude de fato esclarecido no decorrer da instrução, antes não conhecido pela parte demandante.

Nesta hipótese, parece totalmente plausível admitir a alteração da causa de pedir, respeitado o contraditório e a ampla defesa, como acima colocado. Isto porque a alteração verificada não se trata de inovação voluntária e aleatória da causa de pedir pelo demandante, mas sim inovação decorrente de fato que emergiu das provas coligidas dos autos, estritamente relacionado com a causa de pedir originalmente apresentada na inicial.

Embora não concorde, José Rogério Cruz e Tucci cita julgado do Supremo Tribunal Federal, com entendimento similar ao ora defendido, esposado em julgamento de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 222.206-4-SP, onde ali afirmou-se que:

Em sede de ação de reparação de danos, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF) a decisão que defere o pleito indenizatório com fundamento diverso do pedido, desde que o nexo de causalidade, reconhecido pelo decisor, entre o dano sofrido e o evento danoso, guarde coerência com o pedido inicial²⁰.

Tal postura, a meu ver, coaduna-se com o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo e da economia processual, permitindo ao Judiciário conceder à parte tutela jurisdicional efetiva e justa, alcançando a sua função primordial, que é a composição de conflitos, para reestabelecer, assim, a paz social.

7. Considerações finais

Ações em que se discute erro médico são originalmente complexas, em virtude da dificuldade inicial do seu demandante apresentar de forma irretocável a sua causa de pedir remota que, subsumindo-se à causa de pedir próxima, confere-lhe o direito à pretensão posta em Juízo, que é, normalmente, a condenação do médico ao pagamento de indenização pelo dano que lhe foi causado.

¹⁹ Em consonância com o seu entendimento, Tucci cita: Corrado Ferri, Botelho de Mesquita, Edoardo Grasso, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho e Eduardo Arruda Alvim. Op. cit., p. 192.

²⁰ RT, 754:209, Rel. Maurício Corrêa, 22.05.98 (DJU), op. cit. p. 200.

A complexidade de delimitar a causa de pedir remota nesse tipo de ação decorre da tênue linha que separa o erro médico do resultado indesejado do tratamento, em virtude de complicações inerentes ao próprio estado de saúde do paciente.

Em razão da dificuldade de diferenciação entre a conduta culposa do médico e o resultado indesejado causado pelos riscos inerentes ao tratamento, pode propiciar ao demandante a apresentação falha de sua causa de pedir, da qual decorre logicamente o seu pedido, cuja constatação usualmente ocorre após a dilação probatória, quando, por força de regra processual, não mais é possível a alteração da causa de pedir anteriormente apresentada.

Diante da particularidade da situação tratada nesse tipo de ação, mostra-se razoável que haja flexibilização da regra processual da imutabilidade da causa de pedir, da forma como vem preconizada pelo Código de Processo Civil em vigor, admitindo o fato descoberto em dilação probatória caracterizador de conduta culposa do réu, como fundamento de sua condenação, ainda que não tenha sido relatado na causa de pedir originalmente apresentada pelo demandante.

A flexibilização da regra da imutabilidade da alteração da *causa petendi*, contudo, deve necessariamente ser precedida da garantia do contraditório e da ampla defesa à parte adversa, oportunizando-lhe o direito de se manifestar nos autos e produzir provas a respeito do fato relevante, que somente emergiu durante a instrução do feito.

A prática ora sugerida visa garantir a efetividade da decisão judicial, com a prolação de decisão materialmente justa. A flexibilização dessa regra processual implica na utilização do processo como instrumento para aplicação da lei substantiva na pacificação de conflitos postos sob julgamento do Poder Judiciário, que representa parcela do Estado na difícil função de manter a paz social entre os seus cidadãos.

O Judiciário, como Poder que representa a soberania do Estado na sua função de pacificação de conflitos, sejam individuais, coletivos ou difusos, deve dar primazia a decisões substancialmente justas, sem deixar de observar, para tanto, o devido processo legal.

E, assim agindo, evitar-se-á a proliferação de ações perante o Poder Judiciário, na busca de decisões justas não alcançadas em ações anteriores, nas quais foram prolatadas decisões rigorosamente formais, sem, contudo, atenderem ao interesse das partes.

8. Bibliografia

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MAIA, Alneir Fernando Santos. A responsabilidade civil geral e a obrigação do fornecedor de indenizar o fato do produto ou serviço. *Revista Juris Plenum*, São Paulo, n. 25, jan. 2009.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Forense, 1993.
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Sentença: direito processual ao vivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.